

**Pacto de recolocación y abono de indemnización por el FOGASA ex. Art. 33.8
TRLET. Comentario a la STS (sala de lo social) de 18 de febrero de 2005**

Dr. Antonio José Valverde Asencio
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

1. Supuesto de hecho

La sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2005 resuelve el recurso planteado por el Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10 de febrero de 2004 en la que se declaraba el derecho de una trabajadora a percibir el 40% correspondiente a la indemnización por despido por causas objetivas cuya responsabilidad directa correspondía al Fondo de conformidad con lo establecido en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores.

Se da la circunstancia de que la trabajadora que planteó la demanda inicial en la que exigía el pago por parte del Fondo de Garantía Salarial del porcentaje señalado de indemnización (y que fue desestimada en instancia por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santander por sentencia dictada el 6 de junio de 2003) era profesora de un centro privado de enseñanza concertada. No se discute en todo el proceso judicial ni la causa ni la procedencia del despido y la profesora fue recolocada en otro centro de enseñanza concertada –en este caso a tiempo parcial, con una dedicación del 72 % de la jornada- a tenor de lo establecido en el Acuerdo de 29 de mayo de 2002.

En dicho acuerdo, suscrito entre la Consejería de Educación y Juventud del Gobierno de Cantabria y las organizaciones empresariales y sindicales del sector de la enseñanza concertada (CECE y Educación y Gestión, por una parte, y los sindicatos FSIE, USO y FETE-UGT que se adhirió al mismo posteriormente, por otra), se regulaba, entre otras cosas, respecto a los “centros en crisis” (rúbrica de la segunda cláusula del acuerdo), el proceso de recolocación del profesorado “que vea extinguido su contrato de trabajo como consecuencia de una resolución administrativa de reducción o extinción del concierto educativo y siempre que el centro de haya solicitado la renovación del concierto para el siguiente curso y no se haya producido la renovación total o parcial del mismo”.

En dicho acuerdo se establece, un vez fijada la *ratio* profesor alumno pactada en la primera de las cláusulas del mismo, el proceso de recolocación, reconociendo en todo caso “a efectos retributivos, la antigüedad en el centro de origen, y a efectos de posibles

indemnizaciones posteriores, la fecha de inicio de la relación laboral en el centro receptor”.

En caso de que el profesorado afectado no pudiera ser recolocado (cláusula cuarta del acuerdo) la Administración abonaría la indemnización correspondiente por despido objetivo “en la parte no cubierta por el FOGASA”, estableciéndose que dichos profesores “vendrán obligados a solicitar del Fondo de Garantía Salarial la parte correspondiente a estas indemnizaciones, si a ella tuviera derecho”, abonando la Administración autonómica la diferencia entre la indemnización legal y la cantidad abonada por el Fondo.

2. Objeto del litigio

La cuestión litigiosa se centra, como se ha dicho antes, en el derecho de la trabajadora en cuestión a recibir la indemnización del Fondo de Garantía Salarial prevista en el artículo 33.8, según el cual “en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52”.

Dicha trabajadora, en función de lo previsto en el acuerdo de 2002 referido, había sido recolocada en otro centro docente de enseñanza concertada aunque, en este caso, como hemos dicho, con un contrato a tiempo parcial cuya dedicación alcanzaba el 72% de la jornada de referencia.

El abogado del Estado, en representación del FOGASA, cuestiona la obligación del Fondo en este caso. Tal como se afirma en el fundamento jurídico segundo de la sentencia que comentamos, “la parte recurrente fundamenta su pretensión en la consideración de que, en el caso litigioso, no se ha producido un cese en la relación laboral, sino una modificación del centro en el que el trabajador presta sus servicios, en tanto en cuanto lo que hay no es una extinción de la relación laboral sino una recolocación del trabajador, por lo que no existe un cese efectivo, una extinción efectiva de la relación laboral que determine la aplicación del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores a los efectos de hacer nacer la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial”.

Como sigue afirmando la sentencia en éste fundamento jurídico al relatar la posición del abogado del Estado, aquella afirmación de la parte recurrente se matiza en un doble sentido. Por un lado, al aludir al específico régimen jurídico de los centros concertados;

y, por otro, al referir que la citada “modificación” en la relación laboral, tal como califica a la recolocación, se produce en virtud del Acuerdo citado anteriormente.

3. La Solución judicial

Como afirma el Tribunal Supremo, “el recurso así planteado debe ser rechazado”. Y lo hace en base, principalmente, dos argumentos. En primer lugar, porque la aplicación del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores es ineludible dado el carácter de norma de derecho necesario absoluto; es, en palabras textuales de la sentencia “indisponible fuera del ámbito de la legislación estatal”. Y, en segundo lugar, y fundamento de lo anterior, porque “en la realidad, la recolocación no supone la continuación de la relación laboral anterior”; y a ello no es óbice el hecho del reconocimiento de la antigüedad que lo es por aplicación del referido acuerdo.

4. Comentario

Efectivamente, en una primera lectura o aproximación –en la dicción relatada por la sentencia que comentamos- difícilmente pueden admitirse los argumentos del abogado del Estado. Un proceso de recolocación no puede asimilarse a una modificación de las condiciones de trabajo que deriva sólo del cambio de empleador; la misma deriva necesariamente de una extinción previa del contrato. Ni siquiera la regulación negociada de tal proceso permitiría en nuestra opinión, como bien afirma el Tribunal Supremo, aceptar el argumento del abogado del Estado.

Sin embargo, si, como decimos, en cualquier primera aproximación los argumentos del abogado del Estado deben ser formalmente rechazados en el sentido que afirma el Tribunal Supremo, sería conveniente (y necesario) hacer algunas precisiones partiendo de las particularidades de esta relación de trabajo.

En este sentido, sirve claramente de referencia la sentencia de contraste que aporta el propio abogado del Estado para fundamentar el recurso de casación por unificación de doctrina.

Efectivamente, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de septiembre de 1996 se afirma, partiendo del hecho de que “formalmente ha habido una extinción del contrato de trabajo por expediente de regulación de empleo, que en principio debía dar lugar a la aplicación del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores”, que “como quiera que la actora ha optado por la recolocación, y de conformidad con los acuerdos a que antes se hizo referencia se la ha respetado la antigüedad que poseía en la empresa en crisis, aunque ello devenga de una

nueva contratación, ésta tiene lugar precisamente porque la Administración ha convenido este especialísimo modo de conseguir el mantenimiento del empleo del personal de centros en crisis”. Y sigue afirmando la misma sentencia en relación con el personal afectado por dicho expediente de regulación: “...que en rigor no han perdido el empleo como consecuencia del expediente, continuando la administración con las mismas obligaciones que tenía desde el contrato extinguido y manteniéndose la antigüedad de la demandante...”.

Obviada por el propio Tribunal Supremo la cuestión de la naturaleza del acuerdo de 29 de mayo de 2002 (publicado en el BOE de 11 de octubre), el mismo representa, al menos en parte de su contenido (completado por un acuerdo de plantillas y un acuerdo sobre retribuciones), uno de los denominados comúnmente “acuerdos centros en crisis” que se firman en prácticamente la totalidad de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia educativa (todas en la actualidad).

En dichos acuerdos se establecen procedimientos de recolocación para los profesores que son despedidos por causas objetivas, generalmente causadas bien por la disminución del número de alumnos bien por la retirada total o parcial del concierto económico por parte de la Administración autonómica competente al centro educativo. El coste económico de la recolocación (incluso la indemnización por despido en el supuesto de que ésta no se produzca correspondería también a la Administración, como hemos visto) es asumido por la Administración, al corresponder a la misma la obligación del pago de salarios de los profesores de este tipo de centros de conformidad con lo establecido en 49 de la Ley Orgánica 8/1985, Reguladora del Derecho a la Educación (LODE) y en el RD 2377/1985, que la desarrolla en este aspecto al recoger el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

Sin duda, este tipo de acuerdos es una manifestación más de la peculiaridad de la relación laboral de los profesores de estos centros; unas peculiaridades que se centran fundamentalmente, como decíamos, en el hecho de que la obligación salarial de los mismos es asumida directamente por la Administración; lo que garantiza que este proceso de recolocación (y, antes, el propio despido) no supone coste alguno para la empresa educativa.

Estos extremos, junto a la propia dinámica del propio proceso de recolocación, que difiere hasta cuando ésta no sea posible el pago de la indemnización por despido (que asume la propia Administración) deberían haber pesado más en el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

En este sentido, sería interesante recordar dos extremos que sí están presentes en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Por una parte, que para que se dé el proceso de recolocación el trabajador renuncia previamente a la indemnización por despido que debería corresponder originalmente al centro educativo (lo que ha provocado algún conflicto en relación con su derecho a la percepción de prestaciones por desempleo); y, por otra, que en virtud de los acuerdos como el aplicado en el supuesto de la sentencia que comentamos, la Administración es quien asume el pago de la indemnización correspondiente en el caso de que no pudiera producirse la recolocación del trabajador en otro centro docente.

Sin embargo, según el argumento del Tribunal Supremo, en cualquier caso de despido de estas características el FOGASA ha de asumir su responsabilidad directa respecto a las indemnizaciones correspondientes conforme lo previsto en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores. Ello lo fundamenta, además, en el perjuicio que, en todo caso, sufre el trabajador, tanto con carácter general porque la antigüedad sólo se le reconoce a efectos retributivos, como con carácter particular, dado que, en el caso enjuiciado, la trabajadora es contratada a tiempo parcial.

Pero, en nuestra opinión, ello supone respecto a esta peculiarísima relación laboral romper los equilibrios de coste económico respecto al proceso de recolocación, pago de indemnizaciones y pago de salarios (sobre todo porque muchos de estos puestos de trabajo donde son recolocados los trabajadores afectados son de sobredotación de plantillas –denominados, por ejemplo, profesores de apoyo; de ahí la importancia previa de los acuerdos de plantilla-). Pero, además, supone al tiempo negar la posibilidad de renuncia al derecho a la indemnización por despido (debería entenderse que también respecto a la indemnización que correspondería abonar a la empresa); lo que afectaría directamente una de las bases del propio acuerdo que se sostiene precisamente en que el trabajador no exige su indemnización por despido al centro empleador sino que esta indemnización se difiere para el caso de que no pueda darse la recolocación y la asume la propia Administración. Difícilmente podría interpretarse la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de tal forma que sólo es irrenunciable la indemnización correspondiente al Fondo y sí lo es, por aplicación de este acuerdo, la que corresponde original y directamente a la empresa.

Pero es más, en todo caso, tal como se configura este acuerdo, y aún admitiendo que en el caso concreto la trabajadora sufre un perjuicio concreto al tener un contrato a tiempo parcial (que bien podría definirse como causa justificativa para no aceptar la recolocación y optar por la indemnización a cargo de la Administración), el momento de la indemnización queda diferido para el caso de que no pueda darse la recolocación. Sería entonces cuando al FOGASA le correspondería hacerse cargo de su

responsabilidad directa y así se prevé en el propio acuerdo. Sin embargo, tampoco esta circunstancia es tenida en cuenta por el Tribunal Supremo.

En definitiva, esta sentencia del Tribunal Supremo, con ser formalmente impecable desde nuestro punto de vista, no toma suficientemente en cuenta ni la peculiaridad de la relación laboral a la que se aplica ni la especialidad de los denominados acuerdos de centros en crisis. Ello puede suponer romper los equilibrios que sirven de base a dichos acuerdos, cuyo funcionamiento es ejemplar –precisamente por dichos equilibrios y por dicha peculiaridad, basada, como hemos reiterado, en la asunción por parte de la Administración tanto del pago de salarios por disposición legal, como de la indemnización por despido por aplicación de dichos acuerdos-. En todo caso, supondría cargar sobre la Administración –en este caso el FOGASA- parte de la indemnización que correspondería en todo caso, también de forma legal y si continuáramos con el argumento del Tribunal Supremo, también de derecho necesario absoluto, a los centros educativos que, en definitiva, son los auténticos empleadores de los profesores.